

**EL DERECHO FUNDAMENTAL
A LA COMUNICACIÓN
40 AÑOS DESPUÉS
DE SU CONSTITUCIONALIZACIÓN:
EXPRESIÓN, TELEVISIÓN
E INTERNET**

AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO

SUMARIO

1. COMUNICACIÓN COMO ESENCIA DE LA DIGNIDAD HUMANA: ANTROPOLOGÍA, FILOSOFÍA Y DERECHO. 2. COMUNICACIÓN Y CONSTITUCIÓN. 2.1 Dimensión subjetiva de la comunicación. 2.2 Dimensión objetiva de la comunicación. 3. EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. 4. EL DERECHO A LA ACTIVIDAD TELEVISIVA COMO DERECHO A LA COMUNICACIÓN. 5. INTERNET Y EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN. 6. CONCLUSIONES.

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA COMUNICACIÓN 40 AÑOS DESPUÉS DE SU CONSTITUCIONALIZACIÓN: EXPRESIÓN, TELEVISIÓN E INTERNET

AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO*

Universidad de Granada

1. COMUNICACIÓN COMO ESENCIA DE LA DIGNIDAD HUMANA: ANTROPOLOGÍA, FILOSOFÍA Y DERECHO

El derecho a la comunicación se proyecta sobre un fenómeno que escapa, en mi opinión, al actual estado metodológico de las ciencias jurídicas: la comunicación humana. El Derecho constitucional no institucionaliza ni configura este fenómeno, sino que va a la zaga tratando de encajar en el mundo jurídico su continua evolución. La finalidad del Derecho constitucional es la de identificar el poder, dándole forma y limitándolo en garantía de los derechos de los más débiles, sin embargo la comunicación humana es anterior al propio poder o a cualquier conflicto socio-político pues «todo es comunicación¹». ¿Cómo configurar jurídicamente entonces este fenómeno que representa la esencia misma de la sociedad? ¿Cómo positivizar constitucionalmente un concepto que es en sí

* Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada. Departamento de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Plaza de la Universidad, 1. 18071 Granada. Email: augustoagUILAR@ugr.es

¹ MARTÍN BARBERO, J. (2012), «De la Comunicación a la Cultura: perder el «objeto» para ganar el proceso», *Signo y Pensamiento*, vol. XXX, n. 60, p. 79.

mismo evolutivo²? No debe extrañar que el objeto de análisis que aquí planteo en términos jurídicos requiera (a nivel introductorio al menos) de una aproximación científica más amplia que la que permite el Derecho para desentrañar la complejidad del concepto.

Como señaló Winkin, la cultura y la comunicación son un solo y mismo fenómeno³. La comunicación no es solo un proceso de transmisión de información, sino experiencia social, «el quehacer que pone al individuo en relación consigo mismo, con los otros y con su contexto, cultural, social, y mediato⁴». Se trata del ecosistema propio de nuestra especie, su «medio ambiente»⁵. Y es que, ciertamente, la aparición del lenguaje supuso para la especie humana un profundo cambio en el proceso de selección natural, provocando una adaptación fisiológica compleja del cuerpo humano, para perfeccionar la capacidad de comunicación, así como de sus patrones sociales.

El concepto de comunicación como medio ambiente ha dado lugar a probadas teorías que determinan la existencia del ser humano actual por su desarrollo comunicativo. No son pocos los estudios que demuestran un cambio en los patrones paleo-antropológicos de los seres humanos en el momento en que aparece un sistema de lenguaje y comunicación articulado y perfeccionado hace, al menos, 50.000 años. Así algunos científicos apoyan la teoría de que el *Homo sapiens* sobrevivió a épocas en las que un inmenso número de especies animales y vegetales se extinguieron, gracias a su capacidad para comunicarse y transmitir datos de modo exacto y concreto. Esto explica, según la antropología, el enigma del «humano atragantado», según la cual, los seres humanos tienen una morfología que les impide, contrariamente a los demás mamíferos, comer y hablar al mismo tiempo. El atragantamiento se produce porque los conductos y órganos utilizados para el lenguaje verbal de los seres humanos son compartidos con los utilizados para la alimentación o deglución, de manera que el ser humano se encuentra ante el conflicto diario entre «hablar» o «tragar». Ello solo sería

² En mi opinión, los antropólogos de la comunicación han dado en la clave al pensar «lo social como un proceso». Ver HERRERA AGUILAR, M. (2015), «La construcción de la antropología de la comunicación: hacia una propuesta teórico metodológica», *Ciencia ergo sum*, vol. 22-2, p. 129.

³ WINKIN, Y. (1982), *La nueva comunicación*, Barcelona, Paidós, 1982.

⁴ HERRERA AGUILAR, cit. nota 2.

⁵ En doctrina hay quien ha utilizado para explicar el medioambiente comunicativo del ser humano la metáfora de la «incubadora» de Sloterdijk, donde la comunicación humana sería «el recinto del ser más que un ámbito o ambiente; nos ayuda a comprender como ese espacio es el lugar de conexión con el mundo». Véase BERNAL, P. (2014) «¿Es aún posible la comunicación en medio del imperio de la incomunicación?», *Palabra Clave*, n. 17, p. 301. En referencia a la «horra de seres humanos» como señala el filósofo SLOTERDIJK, P. (2011), *Sin salvación. Tras las buellas de Heidegger*. Madrid. Akal, p. 128.

explicable si para el ser humano la comunicación y el lenguaje representaran una función tan importante o más para la supervivencia como la alimentación.⁶

El análisis científico de la comunicación no puede perder de vista que se trata de un elemento esencial en la evolución y configuración de la especie humana. Debe verse, como señalan desde la antropología, «con un horizonte de investigación que no la conciba como mera transmisión [de información], sino como una forma de relación entre la interacción y la institución⁷». Desde esta perspectiva debe analizarse el tratamiento que las ciencias jurídicas han dispensado a la comunicación⁸.

Su importancia paleo-antropológica puede traducirse, en términos jurídicos, en su positivización como derecho fundamental con una doble dimensión. Por un lado, como derecho subjetivo, desde un fundamento iusnaturalista⁹ en las primeras cartas de derechos del siglo XVIII, y como elemento esencial de la dignidad humana desde mediados del siglo XX¹⁰; por otro lado, como una

⁶ OLARREA BUSTO, A. (2005), *Orígenes del lenguaje y selección natural*, Madrid, Equipo Sirius. NUBIOLA, J., CONESA, F. (1998), *Filosofía del lenguaje*, Barcelona, Herder. BUENO I TORRENS, D. (2011), *El enigma de la libertad. Una perspectiva biológica y evolutiva de la libertad humana*. Valencia, Sin fronteras (Cátedra de divulgación de la Ciencia de la Universidad de Valencia), p. 185.

⁷ GOFFMAN, E. (1983), «The interaction order», *American sociological review*, n. 1, 48, pp. 1-17.

⁸ La utilización de la antropología para analizar el derecho a la comunicación puede identificarse, también, con la corriente «personalista» de los derechos que, en palabras de Teruel Lozano, sitúan el reconocimiento de la persona, sus derechos inherentes y libertades fundamentales, como núcleo irreducible reconocidos como un fin en sí mismos para el libre e igual desarrollo de la persona, y por tanto, no susceptibles de «funcionalización» en pro de otros valores sociales o culturales, religiosos políticos. TERUEL LOZANO, G. M. (2017), «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», *en prensa*, premio de la revista *Teoría y Realidad Constitucional* para artículos científicos de jóvenes constitucionalistas. En clave personalista, además de lo indicado en la segunda página, me remito a BOBBIO, N. MATTEUCI, N. y PASQUINO, G. (1998). *Diccionario de política*, (Trad. J. Aricó), Madrid, Siglo XXI, pp. 600 y ss.

⁹ Me refiero a que cada uno de los espectros jurídicos que han derivado de la posibilidad y límites de la comunicación humana (libertad de expresión, de prensa, de información, creación artística...) se configuraron en la primera doctrina ilustrada como «un derecho que no es creado por los hombres, sino que proviene de una instancia supra humana y cuya función consiste en explicar y sobre todo justificar a aquél». Esta definición es de Kelsen H. (1961), «La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico», *Revista Jurídica de Buenos Aires*, n. 6, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1961, pp. 9-45. (Trad. Eugenio Bulygin).

¹⁰ Como positivización de un valor iusnatural; véase OEHLING DE LOS REYES, A. (2011). «El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 91, 2011, p. 134 y ss.

garantía institucional de la ordenación de la sociedad conforme al principio democrático. El Derecho constitucional ha tomado nota de la importancia del lenguaje y la comunicación en la configuración del ser humano como una especie eminentemente social¹¹. La comunicación y la información han representado un elemento fundamental de la ordenación jurídica de la sociedad humana configurándose, en el primer constitucionalismo, como «derechos naturales», pero también relacionándose estrechamente con el fundamento de la estructura política y social.

La idea de que la comunicación, como derecho natural, es cimiento de la estructura política y social, fue recogida ya por el maestro Francisco de Vitoria en el siglo XVI. Para Vitoria todos los hombres tenían el derecho natural de alcanzar la felicidad a través de la comunicación. Como señala Desantes Guanter, «para Vitoria el *ius communicationis* es natural porque lo es la comunicación misma. La aserción vitoriana es tajante, el hombre que rechazara la comunicación dejaría de ser hombre¹²». Para Vitoria el *ius societatis et communicationis* es, en la primera de las lecciones sobre los indios, una misma cosa, porque lo es también la comunidad y la comunicación: «es anuncio del entendimiento y para eso fue dada, como dice Aristóteles, con la cual se eleva al hombre sobre los animales»¹³. Desde sus primeras teorizaciones sobre los derechos de los seres humanos, la comunicación ya destacaba por su naturaleza de *prius* respecto al resto de derechos, debido a su conexión con el *ius societatis*. Conforme a esta tradición, el Derecho constitucional contemporáneo lo ha recogido configurando las formas de comunicación como derechos subjetivos, por un lado, (libertad de pensamiento, de expresión, de prensa, de acceso a la información...), y como elementos objetivos del Estado democrático, por otro lado.

Ya en el siglo XX, la codificación del derecho a la comunicación en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (DUDH) le ha concedido el reconocimiento definitivo como elemento que configura a la «Familia Humana». Como sabemos, la Declaración pretende compilar los elementos esenciales sin cuyo respeto no se identificaría al ser humano como tal. Entre ellos, en el artículo 19, se reconoce que el derecho a la comunicación juega ya un papel especial en la encomienda

¹¹ ARONSON, E., (2000), *El animal social*, Madrid, Alianza, 8.ª ed.

¹² DESANTES GUANTER, J. M., (1999), *Francisco de Vitoria, precursor del Derecho de la información*, Madrid, Diseño Imantique.

¹³ DE VITORIA, F., *Relectio de Potestate Civili. Estudios sobre su filosofía política*, (Editado por Jesús Cordero), CSIC, 2008. Para GUMUCIO DAGRON, A. (2012), «El derecho a la comunicación: articulador de los derechos humanos», *Razón y Palabra*, n. 80: «En el fondo todos los derechos humanos son los rasgos que nos diferencian de otras especies animales».

realizada por las Naciones Unidas a la Comisión de Derechos Humanos para la elaboración de la DUDH¹⁴.

La comunicación, como derecho a expresar y recibir información, queda universalizado así como matriz del concepto de dignidad humana. Como señala Häberle, los derechos de la Declaración «deben permitir al ser humano llegar a ser persona, serlo y seguir siéndolo... el cómo es que el ser humano llega a ser persona nos ofrece indicios de lo que sea la dignidad humana¹⁵». (La afirmación de Häberle puede así conectarse con la de Vitoria, «el hombre que rechazara la comunicación dejaría de ser hombre»). Pero al mismo tiempo, convierten a este derecho en fundamento del sistema democrático pues, la dignidad humana es una «premisa antropológico-cultural» del Estado constitucional actual, éste es una consecuencia organizativa de la dignidad humana¹⁶. La dignidad humana, entendida como la identidad de la persona formada en una sociedad, ha encontrado su expresión político-jurídica en la democracia constitucional. Es entre el fundamento de la dignidad humana y la democracia constitucional donde el desarrollo de los derechos se despliega, y entre todos ellos destaca el derecho a la comunicación. El derecho a la comunicación ha permitido ampliar los términos y elementos de la dignidad del ser humano, pues decanta el pluralismo necesario para la construcción de la democracia constitucional.

Juristas especializados en el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación, como V. Frosini, establecieron hace décadas una relación «no casual» entre el desarrollo de la comunicación humana a nivel global y la universalización de los derechos humanos¹⁷. Para este autor, la evolución de las modernas técnicas de comunicación globales habría sido el detonante de «la revolución de las conciencias» que condujo en la segunda mitad del siglo XX a la búsqueda de una figura moral común para la humanidad y el desarrollo tanto de la DUDH como del Estado constitucional contemporáneo¹⁸.

¹⁴ En la Resolución 5 (I), Sección A, párrafo 2, se establecía la necesidad de formular proposiciones, recomendaciones e informes referentes, además de a la redacción de una carta de derechos universales, a «la libertad de información y otras cuestiones análogas».

¹⁵ HÄBERLE, P. (2003), *El Estado Constitucional*, México D. F., UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n. 47, p. 170. (Trad. H. Fix-Fierro).

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Ver en este sentido el concepto de «glocalización», la influencia recíproca de lo global y lo local en una continua integración y aportación mutua. ROBERTSON, R. (2003), «Glocalización: tiempo-espacio y heterogeneidad-homogeneidad», en J. C. Monedero Fernández-Gala (Coord.), *Cansancio del Leviatán: problemas políticos de la mundialización*, Madrid, Trotta, pp. 261-284.

¹⁸ FROSINI, V. (1986), «I diritti umani nella società tecnologica» en ID., *L'Uomo artificiale. Etica e diritto nell'era planetaria*, Milán, Spinelli, pp. 19 y ss.

En definitiva, el desarrollo de la comunicación ha permitido el avance universal del concepto de dignidad humana y el asentamiento de la democracia constitucional. En términos antropológicos, o personalistas, podemos traducir esto como que la comunicación, como «medio ambiente humano», ha permitido la evolución social de esta especie hasta su conformación política actual en Estados democráticos y constitucionales, asentados sobre la defensa de los derechos humanos.

Dicho esto, aquí queremos preguntarnos si el vertiginoso impulso digital de las nuevas tecnologías de la comunicación no deberá deparar un ulterior desarrollo de los elementos que configuran esta dignidad (en forma de nuevos derechos ahora inimaginables) y de nuevas formas de organización política (seguro más allá de la democracia constitucional del Estado nación como la globalización jurídica empieza a demostrar). Sin embargo, y ya llegamos al objeto real de este trabajo, la doble dimensión del derecho a la comunicación (su dimensión subjetiva inherente a la dignidad del ser humano y su dimensión objetiva como fundamento de la ordenación democrática del Estado), lejos de ser un vínculo ingénito se ha convertido, en ocasiones, en fuente de tensiones conforme han evolucionado las tecnologías de la información y la comunicación. La idea central que queremos transmitir aquí es la siguiente: es la evolución de la comunicación la que debería impulsar cambios en la estructura política y social, y no al revés. El análisis del ejercicio contemporáneo del derecho subjetivo a la comunicación debería ser el que condicionara la dimensión objetiva de este derecho, es decir, el sistema político-jurídico¹⁹. Cuando ocurre a la inversa las dos dimensiones entran en conflicto, en lugar de complementarse.

Un análisis a los 40 años de la constitucionalización de este derecho (del artículo 20.1 de la Constitución española), nos permite afirmar la existencia de una tensión continua entre la estructura política y social, por un lado, y la evolución de los sistemas de comunicación humana, por el otro. El sistema democrático constitucional impide, en ocasiones, el desarrollo de la comunicación

¹⁹ Entiendo que puede o no compartirse esta afirmación. Sobre este punto me remito a LESSIG, L. (2009), *El Código 2.0*, Madrid, Traficantes de sueños, pp. 35 y ss: «La libertad en el ciberespacio no emanará de la ausencia de Estado, sino que provendrá, como en cualquier otro sitio, de la existencia de un cierto tipo de Estado. No construimos un mundo en el que la libertad pueda florecer si eliminamos de la sociedad todo control autoconsciente, sino si la asentamos sobre un lugar donde se de un tipo específico de control autoconsciente. Así pues, construimos la libertad como lo hicieron nuestros fundadores, asentando la sociedad sobre una determinada constitución. Con todo, cuando hablo de «constitución» no me refiero a un texto legal [...] Me refiero, más bien, al modo en que los británicos hablan de su «constitución»: una arquitectura —no solo un texto legal sino un modo de vida— que estructura y constriñe los poderes sociales y legales con el propósito de proteger una serie de principios fundamentales.»

humana (las posibilidades de emitir y recibir información). A veces porque ésta entra en conflicto con derechos de otra índole, otras veces simplemente porque la tecnología avanza más rápido que el sistema jurídico y éste hace de lastre. Sea como sea, se observa una continua tensión entre la dimensión subjetiva del derecho (derecho esencial para el ser humano que lo configura como tal, como medio ambiente en el que se desarrolla y evoluciona) y su dimensión objetiva (elemento que posibilita el pluralismo sobre el que se asienta la democracia constitucional) conforme evolucionan las tecnologías de la comunicación.

La tensión entre la esfera subjetiva y objetiva de la comunicación se observa, especialmente, en la aparición de las más modernas técnicas de comunicación: la televisión e Internet. Trataremos a continuación de analizar la suficiencia del artículo 20 CE a través de estos medios, para intentar determinar si los parámetros constitucionales actuales permiten o no que la comunicación siga siendo «medio ambiente» humano, elemento de desarrollo entre la interacción y la institucionalización, *prius* de la naturaleza social del ser humano, o si por el contrario sus garantías institucionales han olvidado su raíz antropológica y su esencia evolutiva²⁰.

2. COMUNICACIÓN Y CONSTITUCIÓN

Como hemos dicho, la comunicación y los mecanismos de transmisión de la información representan un elemento fundamental de la ordenación de la sociedad humana, por lo que han ido convirtiéndose a lo largo de los siglos en un bien en torno al que han aparecido muy diferentes conflictos sociales, constituyéndose a lo largo de la historia como «fuente fundamental de poder y contrapoder, de dominación y de cambio social²¹». Dado que el Derecho y las ciencias jurídicas tienen como objetivo la resolución de los conflictos sociales, y dado que el Derecho constitucional resuelve tales conflictos ordenando el poder y limitándolo, la comunicación se ha convertido en elemento esencial del Derecho, de la regulación social, y se ha decantando en diversos bienes jurídicos de esencial protección en el constitucionalismo.

²⁰ En palabras de Goffman, recordamos, «con un horizonte de investigación [...] entre la interacción y la institución», GOFFMAN, E. (1983), *op. cit.*, pp. 1-17.

²¹ CASTELLS, M. (2008), «Comunicación, poder y contrapoder en la sociedad red (I). Los medios y la política», *Cuadernos de comunicación e innovación*, n. 74, pp. 13-24.

2.1 Dimensión liberal subjetiva de la comunicación

Sabemos que el derecho a la comunicación se desarrolló inicialmente desde su faceta de *libertad de expresión* (en una dimensión política) y de *libertad de conciencia* (en dimensión religiosa). La libertad de conciencia supuso un giro trascendental en el modelo político y económico europeo del siglo XV y XVI. Su máxima expresión se alcanza a través de la Reforma Luterana y el desarrollo del Calvinismo en Europa, como nuevas formas de conciencia frente a la moral católica imperante y el monopolio político del imperio. La Reforma religiosa permitió a nivel político la consolidación del modelo del Estado nación soberano y un nuevo orden internacional (Tratado de Westfalia de 1648)²². Al mismo tiempo, las ideas de la Reforma (primero religiosa pero posteriormente política y social) provocaron la decantación de la libertad de conciencia en *libertad de prensa*²³.

Estos acontecimientos contribuyeron decisivamente al desarrollo teórico de La Ilustración que, desde la inicial libertad de pensamiento y conciencia, derivó en el siglo XVIII y XIX en el avance de la libertad de expresión y prensa como proyección filosófica iusnatural frente al absolutismo²⁴. Se observa pues un primer camino de desarrollo del derecho a la libre comunicación de ideas desde los postulados de la libertad de conciencia y expresión, que podemos denominar la «constitucionalización del derecho a la comunicación», en la que se positivizan en los órdenes nacionales internos desde postulados iusnaturalistas²⁵. La posibilidad de expresar y difundir ideas como derecho preexistente a cualquier forma de Estado o de Gobierno.

No es extraño, sin embargo, que el reconocimiento en las primeras cartas de derechos del Estado liberal tuviese más detractores entre la propia doctrina

²² PIZZORUSSO, A. (2007), «*Justicia, Constitución y pluralismo*», Lima (Perú), Palestra editores.

²³ Para un desarrollo más detenido me remito al trabajo, clásico ya, de FERNÁNDEZ MIRANDA Y CAMPOAMOR, A. (1984), «Libertad de expresión y derecho a la información. Comentario al artículo 20 CE» en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Coord.) *Comentarios a las leyes políticas*, T. III, Madrid, Edersa, pp. 493 y ss.

²⁴ AGUILERA FERNÁNDEZ, A. (1990), *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa e información (posibilidades y límites constitucionales)*, Granada, Comares, p. 5. ESCOBAR DE LA SERNA, L. (2003), «El proceso de configuración del derecho a la información», en BEL MALLÉN, I. CORREIDORA Y ALFONSO, L. (Coords.), *Derecho a la Información*, Barcelona, Ariel comunicación, pp. 68 y ss.

²⁵ Además de la cita anterior imprescindible JELLINEK, G. (1895) *La declaración de derechos del hombre y el ciudadano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM n. 12, 2000. (Trad. A. Posada).

y la propia prensa que entre los poderes públicos²⁶. En mi opinión, ello se debe a que el régimen de la libertad de expresión y comunicación, en este tiempo, partía de postulados individualistas demasiado puros, perdiendo de vista su vinculación con el *ius societatis*, la necesidad de consolidar un auténtico Estado democrático²⁷. La comunicación humana, reconocida en su vertiente de libertad de expresión e imprenta, en Francia y EE. UU., surgió como reacción directa al poder establecido antes de las revoluciones. Su potencial objetivo aparecía como un instrumento de proyección de nuevas formas de ordenación política radicadas en el principio democrático, principio anclado en las ideas reformistas de participación directa de los ciudadanos en el gobierno de la comunidad, especialmente desarrolladas en el constitucionalismo por los colonos norteamericanos antes y después de la independencia frente al poder de la metrópoli²⁸. Tuvieron que pasar varios siglos para que el poder transformador de la libertad de expresión terminase de fraguar un marco sociopolítico sincrónico que le correspondiera y permitiese su eficacia real, los primeros abusos de la libertad de expresión requerían del establecimiento futuro de la democracia constitucional.

2.2 Dimensión democrática objetiva de la comunicación

Sin perder su componente iusnatural, la libertad de comunicar información en sus vertientes de prensa y expresión sentará las bases para la aparición de la dinámica de la «opinión pública». Basada en el pluralismo de ideas y opiniones, configurará el proceso de deliberación democrática constitucional²⁹. La opinión

²⁶ Por ejemplo el propio Daniel Defoe, en 1704 se hacía eco de las quejas de todo el mundo hacia el libertinaje y el daño público provocado por la libertad de prensa, en *An Essay on the regulation of the press*; recogido por BERKOWITZ, D. S. y THORNE, S. E. (1979), *Classics of English legal history in modern Era*. Nueva York, Garland Pub. Vol. 39. MUÑOZ MACHADO, S. (2013), *Los itinerarios de la libertad de la palabra*. Discurso leído el día 26 de mayo de 2013 en su recepción pública en la Real Academia Española. Madrid, http://www.rae.es/sites/default/files/Los_itinerarios_de_la_libertad_de_palabra._Santiago_Munoz_Machado.pdf

²⁷ Como señala Muñoz Machado: «Para que esta relación entre el pueblo, la prensa y los gobernantes pueda producir los efectos deseados, es necesario que se desenvuelva en un ámbito de libertad. [...] Jefferson [...] No dejó de ser consciente de que, ya en su tiempo, muchas quejas contra los abusos de la prensa eran completamente ciertas, como también lo era la corrupción existente en su entorno». MUÑOZ MACHADO, S. (2013), *op. cit.*, p. 106.

²⁸ FIORAVANTI, M. (2009), *Derechos fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 6.ª ed.

²⁹ Con Giovanni Sartori podríamos definirla como «un público, o multiplicidad de públicos, cuyos difusos estados mentales (de opinión) se interrelacionan con corrientes de información refe-

pública representará el sujeto central del espacio público durante el siglo xx, espacio entendido como conjunto de elementos materiales e institucionales que posibilitan la identificación del sujeto con una «comunidad política» y le permiten tomar parte en las decisiones políticas fundamentales, mediante mecanismos democráticos fundados en Instituciones y un sistema de derechos, deberes, valores y principios comunes³⁰.

Los derechos derivados del *ius communicationis* (la libertad de expresión, de imprenta, la libertad de información...) desde esta vertiente objetiva garantizan una opinión pública formada a través del pluralismo de ideas y opiniones, configurando las bases del proceso de deliberación democrática constitucional. Como señala Habermas los ciudadanos solo pueden actuar como miembros de una auténtica comunidad política (legitimándola) cuando sus derechos se encuentran completamente garantizados, y el contenido de estos derechos debe ser determinado (en una sociedad donde no existe una verdad preestablecida) de forma colectiva con los demás sujetos a través de un proceso discursivo de formación de la opinión y la voluntad³¹, un procedimiento comunicativo, que requiere, en primer lugar, de la garantía del derecho a participar en el proceso discursivo. La dimensión subjetiva de la libertad de comunicación vendría a garantizar el derecho a la participación en el debate de ideas tanto emitiéndolas como recibiendo.

La comunicación como derecho continúa encarnando una vertiente subjetiva relacionada con la limitación del poder, el derecho a expresar y difundir ideas sin interferencia. Pero, por otro lado, cristaliza a mediados del siglo pasado una vertiente objetiva que deriva en elemento esencial para la construcción del sistema político constitucional: es garantía institucional de la opinión pública³². Ambas vertientes fueron poco a poco constitucionalizadas y configuran el actual régimen jurídico de la comunicación.

rentes al estado de la res pública». SARTORI, G. (1988), *Teoría de la democracia, 1. El debate contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, n. 566, p. 118.

³⁰ BALAGUER CALLEJÓN, F. (2008), «Constitución y ciudadanía en perspectiva europea», en AA.VV. *Estudios sobre la constitución Española, Homenaje a Jordi Solé Turá*, Madrid, Cortes generales, p. 1923.

³¹ HABERMAS, J. (2008) *Facticidad y Validez, (sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso)*, Madrid, Trotta, 5.ª Ed.

³² Véase SOLOZABAL ECHEVARRÍA, J. J. (1988) «Aspectos Constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 23, pp. 139 y ss.

3. EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El derecho a la comunicación queda consagrado en el artículo 20.1 (de forma pura en los apartados a y d) de la Constitución española de 1978 (CE) de modo que se distingue claramente entre la dimensión subjetiva y objetiva del derecho. En el apartado 20.1 a) se reconoce la libertad de expresión: «A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción». En el apartado d) el derecho a la comunicación e información: «A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión».

Una somera lectura del artículo 20 de la CE nos permite observar cómo se desarrolla especialmente la libertad de información como elemento esencial para el desarrollo del Estado democrático en la consagración de una opinión pública libre y fundada. La necesidad de consolidar el Estado democrático en los años 80 impulsó al Tribunal Constitucional a destacar su dimensión objetiva, considerándolo un derecho prevalente o preferente por su capacidad para formar una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático³³. Y esta objetividad concreta el derecho a la comunicación y la información en los medios de comunicación social. Por ello se proscriben en el texto constitucional la censura previa, se exigen garantías jurisdiccionales para el secuestro de publicaciones, se establecen garantías especiales para los profesionales de la información como la cláusula de conciencia y el derecho al secreto profesional, y se hace prevalecer su ejercicio al ponderarlo con otros derechos como el honor, la intimidad o la propia imagen³⁴.

Como la constitucionalización del derecho a la comunicación expresa esencialmente su importancia de esta dimensión político-estructural, se configura desde su funcionalidad, por lo que sus límites se basan esencialmente en la protección predominante del mensaje³⁵. No es el hecho de comunicarse lo que se

³³ Ver SSTC 21/2000, de 31 de enero; SSTC 9/2007, de 15 de enero; y 235/2007, de 7 de noviembre.

³⁴ Me remito particularmente a BASTIDA FREIJEDO, F. J. (2004), «Medios de comunicación social y democracia en veinticinco años de constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 71, pp. 161 y ss.

³⁵ Nos referimos al objeto de la comunicación. Debe tenerse en cuenta la STC 176/1995, de 22 de mayo, en cuyo FJ 2.º establece que las diferencias esenciales entre la libertad de expresión u opinión y el derecho de información son que «[e]l objeto allí es la idea y aquí la noticia o el dato» pero que «[e]sta distinción, fácil en el nivel de lo abstracto, no es tan nítida en el plano de la realidad», por lo que añadirá otras tres diferencias: los titulares, las condiciones exigibles para su

garantiza y limita, sino el contenido de lo que se comunica y el lugar desde el que se hace. Se contempla esencialmente una comunicación unidireccional³⁶, periodística, con un sujeto activo y uno pasivo, y se consagra el mensaje como núcleo de la comunicación. Es precisamente sobre el mensaje donde se vierte la distinción entre la libertad de expresión y de información, entre ambas dimensiones. Por ello las garantías del derecho a la comunicación son mayores cuando se considera el contenido del mensaje «socialmente relevante»³⁷.

La objetivación prevalente del derecho a comunicar y recibir información en la Constitución, en mi opinión, ha ido en detrimento de la fuerza subjetiva del derecho a la comunicación en el sentido más liberal, perdiendo cualquier atisbo personalista. Peor aún, lo objetivo ha terminado por excluir, y en determinadas ocasiones eliminar, la subjetividad de la comunicación.

Esta prevalencia radical de la dimensión objetiva del derecho a la comunicación se hace patente en la actualidad, más allá del ámbito de la comunicación social, en la continua «institucionalización» del derecho a la libertad de expresión en relación con los discursos de odio³⁸. Progresivamente, el derecho subjetivo de libertad que prohíbe la intervención del poder ha derivado en una libertad de opinión pública³⁹, regulada por límites que diluyen la libertad individual clásica en un marco de democracia militante⁴⁰. Los recientes casos muestran que

legítimo ejercicio y la STC 107/88 añade la cuarta, su campo de actuación. Véase también SSTC160/2003, de 15 de septiembre; 29/2009, de 26 de enero.

³⁶ Ver, entre otras, las SSTC160/2003, 9/2007, 29/2009, cit.

³⁷ ELVIRA PERALES, A. (2008). «El derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas a golpe de jurisprudencia», en AAVV., *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, vol. 2, cit. pp. 1143-1154.

³⁸ Como sabemos, nos referimos al negacionismo, racismo, negación de crímenes contra la humanidad, injurias a la corona, enaltecimiento del terrorismo... Todos estos delitos han sido positivizados en el artículo 510 del Código penal español. SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, 176/1995, de 11 de diciembre, 235/2007, de 7 de noviembre, 177/2015, de 22 de julio y 112/2016, de 20 de junio. Igualmente STEDH de 24 de junio de 2003, Garaudy c. Francia. En este sentido me remito a TERUEL LOZANO, G. M. (2015), *La Lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, Madrid, CEPC, pp. 35 y ss. También REVENGA SÁNCHEZ, M. (2015), «Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?», en ID. (Dir.) *Libertad de expresión y discursos del odio*, Madrid, Universidad de Alcalá, p. 15 y ss.

³⁹ SOLOZABAL ECHEVARRÍA, *op. cit.*, p. 145. Ver SSTC 237/2007 y 112/2016, cit.

⁴⁰ El TC proscribire la comunicación que «persigue desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo al odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia» STC 177/2015, FJ 4. Esta expresión debe, no obstante, matizarse en conexión con, por ejemplo, la STC 42/2014, de 25 de marzo: «el planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento». Me remito para todo ello al extraordinario trabajo de TERUEL LOZANO, G. M. (2015), «La libertad

el Estado se ha convertido en «defensor de la opinión pública»⁴¹ impidiendo o condenando el acceso a la comunicación (mediante la emisión de expresiones) de quienes tratan de «provocar» al ideario político constitucional.

Lo cierto es que la comunicación implica puesta en común de conocimiento, opiniones o pensamientos y, además de ser medio para el pluralismo político, conlleva el reconocimiento de las diferencias, del principio de igualdad como el derecho a la diferencia, pues es consustancial a la dignidad humana. Es cierto que la libertad de expresión o comunicación no suponen un derecho al insulto pero, en ocasiones, como el ejercicio de la libertad artística⁴² o de reunión y manifestación⁴³, pueden entrar en conflicto, imponiéndose la vertiente objetiva del artículo 20 CE por medio del Código penal. Como ha señalado la doctrina «el pensamiento de la comunicación como articuladora de los derechos humanos en la vida cotidiana hace hincapié en la construcción de *un nuevo enfoque de la comunicación como proceso*... propone que las sociedades aprendan a convivir con la contradicción y la provocación permanente que significa dialogar en la alteridad, y por ello afirma la coexistencia de puntos de vista diferentes para articular distintas identidades con la condición de que ninguna resulte perdedora en ese intercambio⁴⁴».

En estos casos, la ortodoxia objetivista del derecho a la comunicación, en mi opinión, es consustancial a la pérdida de poder regulador del Estado en el marco de la globalización⁴⁵. La comunicación ha pasado a caracterizarse por su ámbito mundial y su inmediatez, y el desarrollo de la técnica de la comunicación ha producido un nuevo cambio de los parámetros de relación humana que han des-

de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal», *InDret*, n.4.

⁴¹ Véase SOLOZABAL ECHEVARRÍA, J. J., *op. cit.*

⁴² Un ejemplo, el Auto del Juzgado Central de Instrucción número 6 de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2007 («Auto del Juez Del Olmo») por el que se acordaba «el secuestro de la publicación correspondiente al ejemplar de la revista EL JUEVES, año XXX, n.º 1573, del 18 al 24 de julio de 2007, así como del molde de dicha publicación».

⁴³ Por ejemplo, la diferencia entre el delito de odio y las injurias a la corona por la quema en una manifestación de la imagen del Rey. Véase de nuevo la STC 177/2015.

⁴⁴ GUMUNCIO DAGRON, A., «El derecho a la comunicación: articulador de los derechos humanos», *Razón y Palabra*, n. 80, 2012: «La condición de comunicar y dialogar debe estar atravesada por la diversidad pues debe problematizarse como espacio de negociación». Para no perder la vertiente subjetiva debería entenderse... «una negociación que para derivar en diálogo debe estar basada en la equidad».

⁴⁵ Permítase la cita a AGUILAR CALAHORRO, A. (2015), *Dimensión constitucional del principio de primacía*, Madrid, Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 35 y ss. ID. (2012), «El reto global del constitucionalismo. Reconstruir los límites del poder estatal», en B. ANDÓ, F. VECCHIO (Coords.), *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, Milán, CEDAM, pp. 267-300.

embocado en un nuevo tipo de sociedad globalizada: la «Sociedad de la Información»⁴⁶. La condición de comunicar y dialogar mediante las nuevas tecnologías ha cambiado el núcleo de la regulación. Cambia el contenido del mensaje, pues entran en escena videos, imágenes, caricaturas, *memes*, *tweets*, *likes*... todos estos contenidos tienen significado y comunican información y opinión. Cambia también el objeto del mensaje, pues en la red, por ejemplo, «todas las cosas tienen el valor de noticias, todo es significativo, y por ende nada lo es»⁴⁷. Y cambian por supuesto los sujetos del mismo, los medios de comunicación masivos y la redes sociales alteran radicalmente tanto la cualidad de los receptores como de los emisores, pues todos son emisores y receptores, o repetidores de información. La evolución de los medios de comunicación ponen en tensión los parámetros constitucionales del derecho a la información, sus límites y garantías, pues su difusión es global e inmediata.

La tensión entre la dimensión objetiva y subjetiva se comenzó a hacer más que patente mediante la evolución de la televisión y los medios de comunicación de masas, y terminó de explotar con la aparición de Internet. Veamos a continuación.

4. EL DERECHO A LA ACTIVIDAD TELEVISIVA COMO DERECHO A LA COMUNICACIÓN

La problemática tensión entre la vertiente subjetiva y objetiva de la comunicación, se observa particularmente con la aparición de la televisión. El avance de las tecnologías permite, en la segunda mitad del siglo XX, un sistema de comunicación en el que destaca la prontitud e instantaneidad entre los hechos y la información, la universalidad y gratuidad en la recepción, y sobre todo, la

⁴⁶ Para D. Bell este tipo de sociedad es «en la que la generación, el procesamiento y la transmisión de información se convierten en las fuentes fundamentales de la productividad y el poder, debido a las nuevas condiciones tecnológicas que surgen en este período histórico» BELL, D., (1991), *El advenimiento de la sociedad post-industrial*, Madrid, Alianza Universidad. CASTELLS, M. (1999), *La Era de la Información: Economía, Sociedad y Cultura: La sociedad Red*, México, Siglo XXI. ID. (2008), «Comunicación, poder y contrapoder en la sociedad red (I). Los medios y la política», *TELOS: Cuadernos de comunicación e innovación*, n. 74, pp. 13-24. RAMONET, I. (1998), *La tiranía de la comunicación*, Editorial Debate, Madrid: «La transmisión de datos a la velocidad de la luz; la digitalización de los textos, las imágenes y los sonidos; el recurso a los satélites de telecomunicaciones; la revolución de la telefonía; la generalización de la informática en la mayor parte de los sectores de la producción y de los servicios; la miniaturización de los ordenadores y su interconexión a escala planetaria han trastocado poco a poco el orden del mundo», Rescatado en <https://fundamentosperiodismo.files.wordpress.com/2013/04/ramonet-la-tiranía-de-la-comunicación.pdf>

⁴⁷ DUQUE, F. (2000), *Filosofía para el fin de los tiempos*. Madrid, Akal, p. 112.

sencillez del mensaje que, al no ser escrito ni ir destinado a un público lector o especializado, lo convierte en un medio de comunicación de masas poderosísimo⁴⁸. Su éxito supone una de las principales revisiones del régimen constitucional del derecho a la comunicación en un doble sentido. En primer lugar, porque se traslada la dimensión objetiva del derecho a la comunicación hasta el extremo de eliminar en ocasiones la dimensión subjetiva⁴⁹. En segundo lugar, porque la magnitud del alcance que la televisión permite para la difusión de ideas e información lo convierte en un «cuarto poder» frente al que el Estado trata de justificar su «*publicatio*» para evitar peligrosas concentraciones y monopolios.

En un resumen sintético se puede considerar la regulación de la televisión en nuestro país del siguiente modo. La actividad televisiva es un derecho derivado del artículo 20.1 de la CE. Su régimen jurídico se ha construido sobre los conceptos de libertad de antena (como derecho a la creación y gestión de los medios necesarios para la transmisión y/o recepción a distancia de sonidos e imágenes en movimiento) y televisión privada (como emanación de la libertad de empresa) sobre la base del artículo 38 CE, en conjunción con el fundamento constitucional del artículo 20.1 (a y d) CE. Su poder como medio de masas lo hace particularmente sensible a la dimensión institucional de la libertad de comunicación, característicamente importante para crear una opinión pública libre. Por ello el Tribunal Constitucional determinó desde el origen la libertad del legislador para regular el medio tanto sobre la base de la libertad de empresa como de servicio público, siendo éste último el camino seguido: el régimen de televisión pública, un «servicio público» de titularidad del Estado (art. 128.2 CE)⁵⁰. Con ello se trató de garantizar su pluralismo y evitar oligopolios que pudiesen «secuestrar» la opinión pública en tanto las limitaciones técnicas no permitiesen la libertad de antena generalizada.

El TC, durante los años 80 y 90, tuvo que lidiar con el monopolio estatal y la declaración de la actividad televisiva como derecho fundamental⁵¹. Los particulares reclamaban la posibilidad de establecer televisiones privadas en base a su derecho fundamental a la libertad de comunicación, recurriendo la constitucionalidad del monopolio televisivo estatal⁵². El TC, en las primeras sentencias de

⁴⁸ Cfr. SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. (1996), «El Derecho fundamental a la actividad televisiva (I)», *Revista Jurídica de Andalucía*, n. 18, pp. 35 y ss.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Así se resuelve en la STC 12/1982, de 31 de marzo. Ver citas posteriores.

⁵¹ SSTC 12/1982, de 31 de marzo; 206/1990, de 17 de diciembre; 189/1991, de 3 de octubre; 307/1994, de 14 de noviembre y 12/1995, de 16 de enero.

⁵² Por toda remisión la derogada Ley 4/1980, de 10 de Enero, por la que se aprueba el Estatuto de la Radio y la Televisión, cuyo artículo 1 dispone «la radiodifusión y la televisión son

los 80, siguió los postulados del Tribunal constitucional federal alemán, sentando la base objetiva de la constitucionalidad de la liberalización del sector televisivo en la necesaria garantía de la opinión pública libre y plural, la defensa del «mercado de la opinión»⁵³. El Constitucional español, distinguiendo entre las posibilidades técnicas de la prensa y la televisión, y teniendo en cuenta que a estas alturas los medios técnicos disponibles (ondas hertzianas) no permitían la creación infinita de canales televisivos, consideró que el ejercicio del supuesto derecho a la libertad de antena de unos suponía inevitablemente la limitación del derecho de otros, por lo que no podía entenderse como un derecho preexistente de los ciudadanos. Si bien su liberalización era en esencia constitucional, conforme a la raíz del artículo 20 CE, el estado de la tecnología no permitía en aquella década la liberalización del sector⁵⁴.

Para el Tribunal Constitucional, conforme a la Carta Magna, el régimen de servicio público de la televisión, basado en el control mediante la concesión pública, permitía garantizar el pluralismo televisivo en la medida en que, y esto lo añade la doctrina, impedía monopolios de la comunicación⁵⁵. Es decir, que en

servicios públicos esenciales cuya titularidad corresponde al Estado». Artículo reproducido en la Ley en vigor 17/2006, de 5 de junio, artículo 2.1: «El servicio público de radio y televisión de titularidad del Estado es un servicio esencial para la comunidad y la cohesión de las sociedades democráticas[...]».

⁵³ Sentencia BVerfGE 57, 295 [3.ª Sentencia sobre Radiodifusión] de 16 de junio de 1981, sobre la «diversidad limitada», establece que «en este caso se trata solo de una posibilidad. Mientras que para la prensa, el desarrollo histórico ha llevado a que exista un cierto equilibrio —que hoy día puede ser suficiente para asegurar la información y la formación de la opinión pública a través de la prensa y garantizar lo existente—, en el terreno de la radiodifusión privada no puede partirse, de entrada, de que vaya a suceder lo mismo. Tomando esto en consideración, resulta incierto determinar si el hecho de subsanar las deficiencias actualmente existentes en la “totalidad de la programación” —entendida ésta como la suma de todos los programas emitidos a nivel nacional—, será suficiente para que todos los grupos sociales y corrientes ideológicas (o por lo menos una parte considerable de éstos), realmente se expresen, permitiendo así establecer un “mercado de opinión” en el cual la diversidad de las corrientes de pensamiento puedan expresarse sin recorte alguno».

⁵⁴ STC 12/1982, de 31 de marzo, FJ.3.: «Así, la fundación de un periódico no impide obviamente la existencia de todos los demás periódicos posibles, pero no ocurre lo mismo cuando el medio de reproducción que se crea, tiene que servir de bienes que ofrecen posibilidades limitadas de utilización. Cuando los bienes que se utilizan en un medio de reproducción, pertenecen a esta última categoría, su grado de escasez natural o tecnológica, determina una tendencia oligopolística, que condiciona el carácter de los servicios que se pueden prestar, el *statu quo* jurídico y político del medio y en definitiva el derecho mismo a una difusión e información libres».

⁵⁵ Además de Sánchez Barrilao, a quien sigo en estas líneas, ver GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., BASTIDA, F., GARCÍA ROCA, J., SANTAOLALLA, F., y MONTORO, A. (1995), «Tema para debate:

base a la dimensión objetiva del derecho a la comunicación⁵⁶ era legítimo que el legislador estatal limitase el supuesto derecho fundamental subjetivo a la libertad de antena.

Es cierto que, como los medios técnicos evolucionaron y se distinguieron rápidamente (hacia la televisión por cable o por satélite, así como hacia la creación de la televisión local), en los 90 el Alto Tribunal también hizo evolucionar su doctrina y permitió deducir un derecho fundamental a la actividad televisiva limitando la discrecionalidad del legislador en el ámbito local y liberalizando algunos sectores como la televisión por satélite⁵⁷ (a través del régimen de la autorización pública). Como señala Juan Francisco Sánchez Barrilao, «el reconocimiento por el TC del pluralismo externo como principio organizativo de la actividad televisiva y su íntima conexión con el derecho fundamental a la información por televisión, permiten deducir la existencia en nuestro ordenamiento constitucional de un derecho fundamental a la actividad televisiva a modo de derecho a la información plural televisiva; por este comprendemos el derecho frente al Estado a recibir información a través de una pluralidad medios televisivos⁵⁸», reconociendo «el derecho fundamental de los ciudadanos en cuanto espectadores a recibir una información libre y pluralista a través de la televisión⁵⁹».

Como se observa, el discurso constitucional limitó la comprensión subjetiva del derecho fundamental a la comunicación (en el ámbito televisivo) en base al carácter preferente de la dimensión objetiva del artículo 20. 1 CE. La existencia de la libertad de antena como derecho preexistente, en la fundamentación del Tribunal constitucional, depende de su comprensión como exigencia de la democracia pluralista.

Televisión y Democracia», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Asamblea regional de Murcia, Universidad de Murcia, n. 7, p. 171 y ss.

⁵⁶ SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., «El Derecho fundamental a la actividad televisiva (I)», cit.

⁵⁷ En relación a la televisión por cable, reguladas por las leyes 41 y 42/1995 como «servicio público esencial», la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, generaliza el término «servicio de interés general» (limitando el carácter de servicio público —art. 2—), y a su vez, es modificada por la ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo. En la exposición de motivos de esta última normativa se dispone que, «ante un escenario de desarrollo limitado en el despliegue de los servicios de difusión de radio y televisión por cable, [se] aborda la modificación de la disposición transitoria décima [...de la normativa de 2003...], en el sentido de hacer efectiva la prestación en competencia de servicios de difusión de radio y televisión por cable, limitada hasta la fecha».

⁵⁸ SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. (1996), «El Derecho fundamental a la actividad televisiva (II)», *Revista Jurídica de Andalucía*, n. 19, p. 613.

⁵⁹ STC 127/1994, de 5 de mayo. FJ 6. D.

Aquella idea primitiva de que el carácter de Servicio público del medio garantiza en mejor modo el pluralismo de la opinión pública parece, a mi entender, un fundamento *estatalista*⁶⁰ del derecho a la comunicación, vetusto, que la era de Internet y la televisión por cable, obligó a replantearse. Ejemplo de la antigüedad de ese argumento es el fundamento primigenio utilizado por el TC en el año 82, y por ello me permitirán su larga transcripción:

«La emisión mediante ondas radioeléctricas que se expanden a través del espacio, entraña, la utilización de un bien que ha de ser calificado como de dominio público, con una calificación por nadie contradicha. Al mismo tiempo, la actividad de emisión de ondas para radiotelevisión se encuentra sometida a una normativa de Derecho Internacional, dado que los intereses nacionales pueden entrar en conflicto con los intereses de otros países. Existe, por ello, una reglamentación internacional de las radiocomunicaciones y dentro de ella una serie de acuerdos que regulan la utilización de las frecuencias, de suerte que es necesario que los organismos internacionales atribuyan a cada país las frecuencias y que los Estados se obliguen en atención al interés público internacional a respetarlas y a no permitir su utilización sin previa licencia⁶¹.»

El interés de su lectura radica en el desfase evidente entre los parámetros jurídicos del Estado nación y las posibilidades técnicas de la televisión por satélite (incluso en aquella época) para atravesar fronteras sometiéndose, en cambio, al régimen jurídico de cualquier Estado. Era inevitable que la libertad de antena, entendida como dimensión subjetiva del derecho a emitir comunicaciones a través de canales de televisión, terminase por liberalizar una parte importante del sector. El ejercicio subjetivo del derecho a la comunicación televisiva excedía, gracias a la tecnología, el ámbito de aplicación de la garantía institucional, del sistema democrático pluralista estatal. Irremediablemente era necesario replantearse la cuestión de la titularidad estatal de la televisión.

Pero una cosa es eso, y otra entender el derecho a la libertad de antena en términos de derecho privado o de mera libertad de empresa⁶². Considerar al Estado único garante cualificado de la comunicación plural, único capaz de impedir oligopolios de comunicación es absurdo con las posibilidades que la tecnología digital aporta hoy; pero también lo es plantear la diferencia entre ambas dimensiones del artículo 20 CE como una disyuntiva entre la intervención pública y la iniciativa privada. Es cierto que, en el caso de la televisión, la pre-

⁶⁰ En el sentido de FIORAVANTI, M. (2009), *Derechos fundamentales...*, *op. cit.*

⁶¹ FJ 3 de la STC 12/1982.

⁶² Por ejemplo CHINCHILLA MARÍN, C. (1988), *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Madrid, Tecnos, p. 38 y ss.

valencia de la dimensión objetiva del acceso a la comunicación puede corresponder con una formulación social del mismo que venga a construirlo como un derecho prestacional⁶³, que la dimensión objetiva podría transformarse en una obligación para los poderes públicos de favorecer el acceso a la televisión y a la información mediante la inversión pública; pero ello no debería convertir el derecho a la comunicación a través de la televisión en un conflicto entre lo público y lo privado. Y esto es lo que en el caso de la televisión representó en el origen la disyuntiva entre la dimensión objetiva y subjetiva (respectivamente) del derecho a la comunicación humana: una conversión de la perspectiva objetiva en dimensión pública y de la perspectiva subjetiva en dimensión privada.

Sobre esto último, ya hace 20 años, de la Quadra-Salcedo puso el dedo en la llaga al señalar que la clave del conflicto sobre la *Publicatio* televisiva y la televisión privada se encontraba en «lograr que el afán de lucro que inspira la competencia en el mercado sea encauzado de forma que también satisfagan las necesidades de interés general que justificaban el Servicio público⁶⁴». Y fue el Mercado único europeo el que tradujo este anhelo en términos de mercado: el principio de libre competencia (con la prohibición de abusos de posición dominante y concentración empresarial) y el principio de no discriminación. Principios estos últimos que se adaptan a la realidad contemporánea de las TICs mediante el principio del libre mercado.

La liberalización del sector y la integración del Mercado Digital Europeo han supuesto, paradójicamente, una proliferación inédita de legislación y regulación de los contenidos televisivos. Y ello creo que es prueba de que la protección de la dimensión subjetiva y la objetiva no deben equipararse con una versión liberal del derecho a la libertad de antena (privatización y liberalización) o la *Publicatio* televisiva, respectivamente, pues su liberalización ha supuesto un desarrollo legislativo sin precedentes sobre los contenidos a nivel europeo.

Volvemos a la misma idea. El conflicto existente entre la dimensión objetiva y subjetiva del artículo 20 CE reside en el desfase entre los medios de comunicación y el Derecho constitucional. La forma de comunicarse condiciona el sistema político y jurídico conduciéndolo a sistemas de integración supranacional y de Derecho europeo.

⁶³ SÁNCHEZ BARRILAO, *El derecho fundamental...* (I), cit., p. 41.

⁶⁴ QUADRA-SALCEDO, T. (1995), *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*, Madrid, CEPC, p.159.

5. INTERNET Y EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN

Otro tanto ha sucedido en el ámbito de Internet y la regulación del derecho a la comunicación a través de este Leviatán. Podemos decir que Internet existe desde el 1 de enero de 1983, fecha en la que oficialmente ARPAnet cambió del protocolo utilizado hasta ese momento (NCP) al por entonces nuevo (y actual) TCP/IP. No obstante el gran público no accedió a la misma hasta 1994 con la creación de la World Wide Web. Pese a todo, desde los años 90 surgieron los primeros conflictos entre la comunicación y el sistema político. A finales de 1990 se procedió, mediante la operación policial «SunDevil» a la primera «caza de Hackers»⁶⁵, un intento de terminar con la Revista «Phrack», publicación electrónica (por medio de BBS —Bulletin Board System—) sobre seguridad informática. La operación se saldó con el desprestigio de la Fiscalía que la llevó a cabo, pues la opinión pública fue unánime al amparar la actividad de estos primitivos internautas bajo la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana⁶⁶.

Años más tarde, bajo el gobierno Clinton, se trató de regular el acceso a determinado contenido con la aprobación de la *Communication Decency Act* de 1996. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el asunto *Janet Reno contra American Civil Liberties Union*⁶⁷ avaló la suspensión de la ley por considerarla desproporcionada en relación a la libertad de expresión y de comunicación de la Constitución norteamericana. Se institucionalizaba así el uso de Internet (tanto el acceso como la creación de contenidos) como desarrollo del derecho a la libertad de expresión e información.

Es interesante la sentencia del Tribunal de Pensilvania que suspendió la aplicación de la ley en primer término:

«Internet puede muy bien ser descrita como una conversación universal sin fin. El Gobierno no puede, a través de la Ley de Decencia en las Telecomunicaciones, interrumpir esa conversación. Como la forma participativa de expresión de masas más desarrollada jamás conocida, Internet merece la más estricta protección frente a la intrusión gubernamental. (...) La ausencia de regulación gubernativa de los contenidos de Internet ha producido, incuestionablemente, una

⁶⁵ STERLING, B. (2008), *La caza de Hackers: ley y orden en la frontera electrónica*, AJEC, Madrid.

⁶⁶ «El Congreso no legislará respecto al establecimiento de una religión o a la prohibición del libre ejercicio de la misma; ni impondrá obstáculos a la libertad de expresión o de la prensa; ni coartará el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios».

⁶⁷ *Reno Attorney General of the US et al. V. American Civil Liberties Union et al. Appeal from the US district court for the eastern district of Pennsylvania No. 96-511. Argued March 19, 1997-Decided June 26, 1997*

especie de caos, pero, como uno de los expertos propuestos por los demandantes indicó en el curso de la vista, lo que ha hecho de Internet un éxito es el caos que representa. La fuerza de Internet es ese caos. Como sea que la fuerza de Internet es el caos, la fuerza de nuestra libertad depende del caos y de la cacofonía de la expresión sin trabas que protege la Primera Enmienda⁶⁸.»

Es interesante sobre todo si atendemos al primer epígrafe de este artículo y observamos Internet, según el tribunal, como la expresión más actualizada del «medio ambiente» humano que impulsa su desarrollo y expresa su dignidad como ser. Es decir, desde una perspectiva personalista del derecho a la libertad de expresión, iusnatural, como derecho preexistente. Por ello, estos hechos dieron lugar a una importante corriente libertaria que defendió Internet como «un lugar» que se diferencia del mundo físico y cuyos procedimientos y reglas debían ser autónomas de éste. La «Declaración de independencia del ciberespacio» de 1996⁶⁹ o la «Declaración de Derechos del Ciberespacio» en 1997 son ejemplos de ello⁷⁰.

Del debate originario sobre la esencia real o virtual de Internet surge inevitablemente la cuestión sobre si Internet es un medio de comunicación que requiere la producción de un derecho fundamental en sí, el derecho a Internet, o si, por el contrario, se ve amparado exclusivamente por el derecho fundamental a la libertad de expresión.

Carlos Sánchez Almeida, argumentó ya en 2001 en su comparecencia ante el Senado español (en el debate sobre la aprobación de la Ley de Servicios de la Sociedad de la información) sobre la problemática que representa regular Internet. Para este prestigioso abogado, «no existe otra Sociedad que aquella en la que vivimos, a la que también pertenece Internet» por ello «el suministro de información por vía telemática no debe tener una regulación distinta al suministro de información en formatos tradicionales, so pena de vulnerar el derecho de igualdad y el derecho a la libertad de expresión. [...] Internet, la Sociedad

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Federal del Distrito de Pensilvania, asunto ACLU v. Janet Reno, 96-963, de 11 de junio de 1996. Traducción de FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L. (1998), «Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet (Comentario a la Sentencia 96-511 del Tribunal Supremo Norteamericano de 26 de junio de 1997 que declara la inconstitucionalidad de la Ley de Decencia en las Telecomunicaciones del Congreso de los Estados Unidos)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 53, pp. 283-311.

⁶⁹ John Perry Barlow, (1996), recuperado de: http://es.wikisource.org/wiki/Declaraci%C3%B3n_de_independencia_del_ciberespacio

⁷⁰ Sobre la utopía de un mundo aparte regido por normas distintas ver BEY, H., (1990), *La Zona Temporalmente Autónoma*, Autonomedia, NY. Recuperado de <http://jose-fernandez.com.es/biblioteca-digital/archive/files/906f4473620d2d7093e192da8559e5dd.pdf>

de la Información, no deben tener otra Constitución que la que desde 1978 rige los destinos de la sociedad española. De lo contrario estamos cuestionando la propia vigencia de la Constitución en un ámbito de nuestra convivencia como es Internet, y ello puede tener consecuencias devastadoras a medio plazo⁷¹. En 2015, uno de los propios fundadores de Internet, el creador del protocolo TCP/IP Vinton G. Cerf, afirmaba en el mismo sentido que Internet no podía ser un derecho en sí mismo, sino algo que favorece derechos civiles, una forma de alcanzarlos⁷².

En este sentido debe destacarse que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido en 2013 que el derecho de acceso a Internet se inserta en el artículo 10 del Convenio y se ve, por tanto, amparado por la libertad de expresión, que comprende «la libertad de difundir o comunicar informaciones o ideas». Pero además, remarca que «Internet se ha convertido en un importante medio de ejercicio por parte de las personas de su derecho a la libertad de expresión y de información: hay herramientas esenciales para la participación en actividades y discusiones sobre temas de interés político o público⁷³». De modo que el uso de Internet se convierte en ejercicio del derecho a la comunicación desde su doble dimensión, de expresión subjetiva y de garantía institucional objetiva.

Replantada la comunicación en la esfera de Internet como ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información, son trasladables los mismos límites que expusimos anteriormente a la libertad subjetiva en base al orden político-democrático de los Estados⁷⁴, es decir, la misma tensión entre la dimen-

⁷¹ Comparecencia del abogado experto en Internet, D. Carlos Sánchez Almeida, ante la Comisión de la Sociedad de la Información y del Conocimiento, para que informe en relación con la materia objeto de estudio de la Comisión. VII Legislatura. *Diario de Sesiones del Senado*, Año 2001 Comisiones. Núm. 158 pp. 1 y ss. <http://www.senado.es/legis7/publicaciones/pdf/senado/ds/CS0158>. PDF

⁷² CERF, V. G. (2015), «Internet access is not a human right», *New York Times*, 4 de enero de 2015. Disponible en: <http://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/internet-access-is-not-a-human-right.html>

⁷³ Párrafo 54, Asunto *AHMET YILDIRIM c. TURQUIE* (Requête no 3111/10) de 18 de febrero de 2013.

⁷⁴ Véase la Convención sobre Cibercriminalidad (STE no 185), de 1 de julio de 2004. La declaración del Comité de Ministros (CM), 2005. La declaración de 28 de mayo de 2003 sobre «Liberté de la communication sur l'Internet». La Recomendación CM/Rec. (2007)16 «sur des mesures visant à promouvoir la valeur de service public de l'Internet. Les questions de l'accessibilité de l'Internet et des restrictions permises sont traitées de façon implicite dans les deuxième et troisième chapitres intitulés respectivement "Accès" et "Ouverture"». La Recomendación CM/Rec. (2007)11 «sur la promotion de la liberté d'expression et d'information dans le nouvel environnement de l'information et de la communication». La recomendación CM/Rec. (2008)6 «sur les mesures visant à promouvoir le respect de la liberté d'expression et d'information au regard des

sión subjetiva y objetiva. Especialmente atendiendo al segundo apartado del artículo 10 CEDH, que permite el sometimiento de la libertad de comunicación subjetiva a «ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática [...]». Se trasladan así al Ciberespacio los dos grandes problemas que hemos analizado hasta ahora. En primer lugar, la prevalencia de la dimensión objetiva sobre la subjetiva, incluso hasta la desaparición de esta última. Nos referimos de nuevo a los excesos en torno a los mensajes de odio a través de internet⁷⁵. En segundo lugar, y esto es lo que nos interesa ahora, también es trasladable la posible equiparación entre la dimensión objetiva y el intervencionismo público en Internet, y la dimensión subjetiva y la posición liberal. Es trasladable porque, de nuevo, se desmiente este paralelismo. Propugnar un derecho personalista y preexistente a la comunicación en Internet no es, más bien al contrario, apostar por la liberalización del sector o la libertad de las grandes corporaciones privadas.

Atendiendo a ello parece extraño que, como hemos dicho tres párrafos más arriba, los expertos en Internet apunten a que las garantías constitucionales son suficientes para la comunicación en este medio, en lugar de sumarse a las reivindicaciones que apuestan por la positivización de derechos autónomos que se ajusten a la realidad de este medio. La corriente libertaria de internet que hace años propugnaba un espacio de anarquía, parece sumarse a la necesidad de la regulación estatal del Ciberespacio. Pero Vinton Cerf y Sánchez Almeida se han referido a lo contrario, a la necesidad de trasladar los mecanismos de regulación estatales a los medios de comunicación informática, desmintiendo que la apuesta por garantizar la dimensión subjetiva de la libertad de expresión suponga una apuesta por la liberalización del sector: la corriente libertaria de internet no es una corriente liberal.

En mi opinión, Cerf y Almeida se refieren en realidad a que no se debe regular de manera más estricta Internet que el mundo real. En mi opinión, el temor a propugnar un derecho autónomo de protección de la comunicación en Internet, un derecho a Internet, más allá del artículo 20 CE, se encuentra más bien, e igual que en el caso de la televisión, en el temor a que Internet sea regulado desde las meras reglas del mercado. Los expertos lo que advierten es que en Internet debe regir el mismo carácter prevalente del art. 20 CE como derecho fundamental,

filtres Internet». Y la Recomendación 2008/2160(INI) del Parlamento Europeo de 26 de marzo de 2009 donde se prevé expresamente que «les États doivent participer aux efforts visant à l'établissement d'une démocratie informatique à travers un accès à Internet sans réserve et sûr».

⁷⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional Sala de lo penal, Sección 4.ª, n.º 9/17, asunto Cassandra Vera. Por poner un ejemplo.

especialmente, sobre aquellos derechos constitucionales con inferiores garantías como la libertad de empresa o la propiedad privada. Y ello porque la principal intervención estatal en este medio virtual la han protagonizado, hasta ahora, las reglas sobre la propiedad intelectual. El conflicto que se vive en Internet no es tanto el de Estado vs. ciudadanos en ejercicio de su libertad de expresión (que también lo es, sobre todo en aquellos Estados que adolecen de un sistema democrático), sino más bien, ciudadanos vs. grandes corporaciones mercantiles. Es en ese conflicto en el que han aparecido los principales ataques a la comunicación a través de internet como la protección de la propiedad intelectual y la privacidad.

Ejemplo de ello es la Sentencia del Consejo Constitucional Francés contra el Decreto HADOPI⁷⁶ que vino a cristalizar el marco y las fronteras del acceso a Internet y su regulación por el poder público en Europa. Los antecedentes traen causa de la creación mediante decreto de una autoridad administrativa encargada de vigilar las descargas ilegales (de proteger el derecho a la propiedad). El Decreto HADOPI establecía la posibilidad de sancionar a los que cometiesen tal ilícito con una desconexión forzosa de la red (a través del proveedor de servicios) de hasta dos años. El Consejo Constitucional francés fue tajante: solo por ley pueden establecerse límites a los derechos, particularmente a la libertad de expresión y comunicación y solo un juez, no una autoridad administrativa, puede ponderar y valorar adecuadamente los derechos en juego garantizando las libertades fundamentales. De este modo, la prohibición de acceder a Internet se convertía en una vulneración directa del derecho fundamental a la libertad de comunicación⁷⁷, por lo que debía recubrirse de garantías jurisdiccionales y regularse mediante ley.

La misma cuestión se ha planteado en España. La «Ley de Servicios de la Sociedad de la Información» de 2002 ha revalorizado, no sin polémicas, el derecho de acceso a Internet como una emanación del artículo 20 CE pero también del artículo 18 CE. En la ley se establece que cualquier intervención estatal sobre los servicios y comunicaciones de Internet (la interrupción forzosa de la prestación de servicio en la red, la eliminación de datos o comunicaciones así como el secuestro de los mismos) deben ser tomadas por el juez competente para garantizar adecuadamente los artículos 18 y 20 CE⁷⁸. Pero la comunicación en Inter-

⁷⁶ Decisión n.º 2009-580 DC, de 22 de junio de 2009.

⁷⁷ Debe tenerse en cuenta que la norma entró finalmente en vigor en 2011, con la sustancial reforma impulsada por la Corte Constitucional. Ello, al mismo tiempo que elevaba el uso de internet a derecho fundamental, supuso convertir la descarga ilegal en ilícito penal (no mera falta administrativa).

⁷⁸ Artículo 8.1 LSSI de 2002: «En caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, los órga-

net se convierte en un derecho a la libertad de expresión en el marco de la prestación de servicios⁷⁹ y esto lo desvirtúa. La ley española, al igual que la francesa, tiene como principal objetivo la garantía del derecho a la propiedad y los derechos de autor. Por ejemplo, las interrupciones en el acceso o la comunicación pueden realizarse en un elenco de casos en los que se equipara la investigación penal, el orden público, el respeto a la dignidad de la persona o la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual⁸⁰.

El complejo sistema español sobre la comunicación en Internet sigue, en cierto sentido, el sistema constitucional europeo. Ampara la red en los artículos 18 y 20 CE, y ofrece garantías jurisdiccionales de cualquier restricción del acceso a Internet o del control sobre su uso. Esta base constitucional continúa reforzando la dimensión objetiva del derecho a la comunicación, pues la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información garantiza por vía legal que el control de los derechos de contenido económico no pueden menoscabar el acceso a Internet y el derecho a la comunicación (y sus derechos consustanciales como el de la protección de datos) dada, tal y como especificaba el Consejo Constitucional francés, «su relevancia para la participación democrática⁸¹». Pero como señala Manuel Castells hay que ser crítico con la «postura ideológica defensiva de los reguladores de Internet. [Pues] Se multiplican las fórmulas precautorias para afirmar la importancia de Internet y de su libre expresión, en línea con la ideología liberal que predomina en la mayoría de los gobiernos europeos, cualquiera que sea su tendencia política. Pero los viejos reflejos estatistas se combinan con esa ideología, llevando a formulaciones ambiguas y políticas titubeantes, cuya plasmación legislativa contribuye a la confusión⁸²».

Ciertamente, la base constitucional española de la comunicación en el Ciberespacio, más allá de su fundamento objetivo del artículo 20 CE, se ha desarro-

nos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran...». Es un procedimiento contradictorio establecido en los artículos 122 bis de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

⁷⁹ Las sanciones graves suponen multas a los Prestadores de Servicios de Internet de hasta 600.000 euros y la prohibición de ofrecer servicios en España de hasta 2 años cuando se negaran a colaborar y desconectar al usuario o borrar la información. Por cierto, en todo caso estarán obligados.

⁸⁰ Artículo 8.1 LSSI de 2002.

⁸¹ Apartado 12 de la Decisión 580-2009

⁸² CASTELLS, M. (2002), «La experiencia española de regulación de internet», Conferencia inaugural del curso 2001-2002 de la UOC. Versión disponible en www.uoc.edu/web/esp/launiversidad/inaugural01/experiencia.htm

llado, de nuevo, desde la disyuntiva entre lo público y lo privado. Internet se ha regulado desde la garantía del mercado.

Partimos de que nos encontramos en un terreno auténticamente comunitario. Las telecomunicaciones afectan directamente al Mercado Único Europeo y a la libre prestación de servicios⁸³. El Digital Single Market se ha compuesto de dos pilares: la idea del Servicio Universal y el principio de neutralidad, y en mi opinión, podrían identificarse con la dimensión subjetiva y objetiva del derecho a la comunicación respectivamente.

El Servicio Universal es un mandato de la UE⁸⁴ que ‘reinventa’ la idea del servicio público, y establece la obligación de suministro a los consumidores por parte de las empresas privadas designando, por tanto, un operador para garantizar esta componente. Los Estados miembros deben velar por que sean satisfechas todas las solicitudes razonables de conexión desde una ubicación fija a la red telefónica pública por una empresa como mínimo. Al mismo tiempo señalan derechos básicos que deben garantizarse a los consumidores (cambio de compañía en 24 horas, teléfono gratuito de emergencias 112, calidad e intensidad del servicio...).

En España se ha transpuesto esta obligación en la Ley General de Telecomunicaciones⁸⁵, que establece que cualquier usuario final, con independencia de su localización geográfica, tiene derecho a obtener una conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas desde una ubicación fija en un inmueble urbano o en su vivienda habitual, que permita realizar comunicaciones de voz, fax y datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet, una velocidad en sentido descendente de 1 Mbit por segundo, a un precio asequible y con una calidad determinada. El objetivo del Servicio Universal es evitar el riesgo de exclusión de los usuarios finales a unos servicios básicos de telecomunicaciones que se consideran esenciales para los ciudadanos como son el servicio telefónico y el acceso a Internet de banda ancha a 1 Mbps.

Debe recordarse que no se trata de un servicio público. Ciertamente la tecnología actual no permitiría un fundamento como el del pluralismo para forzar la *publicatio* de los *backbones* (infraestructuras que unen las diferentes intranets y posibilitan Internet) o de los prestadores de servicios. La versatilidad de Internet permite acumular toda la información posible y permite conectar todos los ser-

⁸³ Artículos 26 (mercado interior), 49 a 55 (establecimiento) y 56 a 62 (servicios) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

⁸⁴ Considerando 8 del Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

⁸⁵ Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones, de 9 de mayo, Título III.

vidores, pues la esencia de Internet es esa, la creación de un lenguaje común que permite la interconexión de cualquier computadora. Por ello, podría entenderse que, la idea de Servicio Universal vendría, en términos de regulación del mercado, a ser una traducción del derecho subjetivo de comunicación a través del Ciberespacio, de la dimensión subjetiva que garantiza la posibilidad de los ciudadanos de acceder a la red.

La dimensión objetiva del derecho a la comunicación ha tenido recorrido también en la emisión y acceso a la información por/en Internet. Nos referimos al principio de neutralidad tecnológica. Este principio obliga, por un lado, a los estados a establecer un entorno legal tecnológicamente neutro para todo medio técnicamente viable de comunicación por Internet⁸⁶; por otro lado, obliga a los prestadores de servicios de la información a no discriminar los contenidos a los que los usuarios acceden a través de la red. Los prestadores de servicios, amparados en el derecho a libertad de información, podrían discriminar los datos que transportan favoreciendo unas comunicaciones sobre otras y vulnerando, a la vez, la libertad de información de los usuarios finales⁸⁷. Así el principio de neutralidad viene a cumplir la función de la primigenia *publicatio* de la televisión. Por ello, podríamos decir que cumple una función garante del pluralismo en la red, protege el «mercado de las ideas» de Internet, por lo que permite identificarlo con la dimensión objetiva del derecho a la comunicación. Su configuración es propia del Ecosistema de Internet, garantiza el pluralismo prohibiendo la prelación de contenidos por parte de los proveedores de Internet y las compañías que facilitan el acceso a la red consintiendo la autodeterminación en la red: el acceso a contenidos plurales.

Pese al paralelismo trazado entre dimensión subjetiva/servicio universal y dimensión objetiva/principio de neutralidad en la red ambos principios regulan en realidad relaciones de mercado basadas en el principio de libre prestación de servicios y no discriminación. Ambos principios se centran en el carácter comercial y regulan la relación entre prestadores de servicios y consumidores o usuarios en el Mercado Único Digital. Y la distinción no es baladí en un análisis constitucional, pues no es lo mismo que la Comisión europea aplique el principio de neutralidad desde la perspectiva del pluralismo político que desde el principio de libre competencia. Y sobre todo, no es igual tratar al ciudadano como ejer-

⁸⁶ Resolución de la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas A/res/51/162, del 30 de enero de 1997, sobre la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

⁸⁷ ALONSO ESPINOSA, C., (2009). «La información en la red y el principio de neutralidad tecnológica: la libertad de expresión y la difusión de información administrativa», *Revista Derecho del Estado* n. 22, pp. 84 y ss.

ciente de un derecho fundamental a tratarlo como un consumidor de contenido o de servicios.

De facto, la obligación de neutralidad y servicio universal confunde de nuevo la dimensión objetiva y subjetiva del derecho fundamental a la comunicación con la disyuntiva entre lo público y lo privado. La finalidad de ambos principios confunde la obligación de evitar «oligopolios» de la información que, en base a un ancho de banda insuficiente o la prelación de contenidos por parte del prestador de servicios, puedan manipular la información a la que acceden los usuarios, con los principios del libre mercado que prohíben posiciones dominantes y garantizan la libre competencia, de modo que insuflan la ideología del mercado a la esfera digital.

Pero además, estos principios en los que se basa la regulación de la comunicación en internet, vuelven a hacer prevalecer la dimensión objetiva (pluralismo o libre competencia, como se quiera) sobre la subjetiva. Garantizar la dimensión subjetiva de la comunicación en Internet supondría proteger la libertad de expresión y de acceso a la información de la ciudadanía mediante la intervención pública (pese a su raíz liberal). Exige de una intervención pública que avale acceso libre al hardware y software necesario para la conexión, así como la infraestructura adecuada. Muy lejos de un significado individualista, la dimensión subjetiva del derecho a la comunicación, en este medio, requiere de inversión y control público. Es aquí donde el derecho a la comunicación ha albergado un nuevo desarrollo en clave social, requiriendo del Estado la prestación de servicios.

La conciencia sobre la versatilidad de Internet enfrenta a los Estados a una nueva versión del derecho a la comunicación que ha sido reconocida en la Resolución A/ARC/20/L.13 de 29 de julio de 2012 sobre «promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet» del Consejo de Derechos Humanos de la ONU. En ella se reafirma el derecho a la libertad de expresión en Internet⁸⁸, pero se amplía su espectro como motor de garantía de nuevos derechos: «todos los derechos en Internet⁸⁹». La comunicación a través del Ciberespacio deja de tener una base única en la libertad de expresión y comunicación y se convierte en institución y plataforma del desarrollo de nuevos derechos. Se

⁸⁸ Recordando todas las resoluciones pertinentes de la Comisión de Derechos Humanos y del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión, en particular la resolución 12/16 del Consejo, de 2 de octubre de 2009, y recordando también la resolución 66/184 de la Asamblea General, de 22 de diciembre de 2011.

⁸⁹ «1. Afirma que los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet, en particular la libertad de expresión, que es aplicable sin consideración de fronteras y por cualquier procedimiento que se elija, de conformidad con el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos».

«reconoce la naturaleza mundial y abierta de Internet como fuerza impulsora de la aceleración de los progresos hacia el desarrollo en sus distintas formas». Por ello se «exhorta a los Estados a que promuevan y faciliten el acceso a Internet y la cooperación internacional encaminada al desarrollo de los medios de comunicación y los servicios de información y comunicación en todos los países». La comunidad jurídica internacional ha querido ver en este mandato no vinculante un reconocimiento del acceso a Internet como un Derecho Humano universal que, más allá de su encaje liberal o individualista se decanta en un sentido más prestacional (pero plural al mismo tiempo).

Sea como sea se trata de un ecosistema propio de nuestra especie en el que se desarrollan el resto de derechos, como «medio ambiente» humano que debe ser analizado «con un horizonte de investigación que no la conciba como mera transmisión [de información], sino como una forma de relación entre la interacción y la institución⁹⁰». Un nuevo espacio público en el que se reproduce la batalla entre lo individual y lo colectivo, lo público y lo privado, el mercado y la dignidad humana.

6. CONCLUSIONES

La comunicación humana es un elemento esencial de la especie, que ha permitido al ser humano evolucionar hasta las más modernas formas de relación social. El derecho, siempre a la zaga de los conflictos sociales, ha constitucionalizado el derecho a la comunicación como derecho a recibir y emitir información y a expresarse libremente por cualquier medio. La Constitución española de 1978 así lo establece en su artículo 20.1. La importancia antropológica de la comunicación para la dignidad humana ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional con una doble dimensión: subjetiva, libertad de expresión; y objetiva, como garantía institucional de la democracia constitucional. Sin embargo, las formas de comunicación humana evolucionan, y los conflictos sociales que enfrenta nuestra Constitución difícilmente pueden seguir resolviéndose en estos parámetros.

La principal causa es que la constitucionalización de la comunicación humana permanece en los clásicos esquemas modernistas de los que surgió, se mantienen en un ámbito de aplicación eminentemente estatal. Sin embargo las formas de comunicación han globalizado a la especie humana, así como sus relaciones.

⁹⁰ Ver página 1 y primeras notas.

En el análisis de los fundamentos constitucionales de dos de las más modernas formas de comunicación (la televisión e Internet) se observa que la doble dimensión del derecho a la comunicación se desvanece, sea porque han cambiado las relaciones bilaterales y nos enfrentamos a relaciones en red, sea porque la información traspasa de forma inmediata cualquier frontera, sea porque los mercados también han sido globalizados y escapan a la regulación nacional imponiendo esquemas de naturaleza económica sobre toda relación social.

Lo cierto es que tanto en el ámbito de la televisión y especialmente en las comunicaciones digitales la doble dimensión del derecho a la comunicación tiene que lidiar con sus propias contradicciones. Por un lado, con la absurda prevalencia de la dimensión objetiva (colectiva) sobre la subjetiva (individualista) que termina por desvanecer la esencia de la libertad de expresión en los recientes casos de delitos de odio o humillación de las víctimas de delitos graves. Por otro lado, con la confusión existente entre la garantía del pluralismo y las libertades de creación de medios de comunicación privados. Por último con la contradicción entre el intervencionismo del Estado y las libertades del mercado.

Con todo ello se pone en evidencia que los medios de comunicación social constitucionalizados en 1978 escapan a las posmodernas formas de relación sociopolítica. El régimen jurídico del derecho a la comunicación se desarrolló con éxito en los primeros años de democracia configurando los límites de la libertad de expresión e información con el molde de la dimensión objetiva del derecho, su funcionalidad para construir un espacio de opinión pública plural. El mensaje con relevancia pública, la veracidad de la información, la diferencia entre opinión e información... sin embargo, a la luz del desarrollo de los medios de comunicación, los esquemas constitucionales se difuminan hasta convertir el doble fundamento del derecho en una contradicción.

Se pretende, recientemente, encuadrar la comunicación humana, en el siglo XXI en los esquemas constitucionales del 78, se pretenden regular los medios de comunicación contemporáneos en base a los tipos y fundamentos jurídicos creados en una sociedad en la que no existía Internet ni redes sociales, de ahí que el marco democrático constitucional no termine de adecuarse a los conflictos sociales actuales y no llegue a dar solución a las necesidades de ordenación socio-económicas globales.

La propuesta que aquí hacemos es sencilla. Son las formas de comunicación del ser humano las que desarrollan y establecen el orden sociopolítico, no el orden el que adapta las formas de comunicación. Por ello debe atenderse de manera imperiosa a la realidad de las nuevas formas de comunicación, globales, instantáneas, multilaterales, donde no hay un sujeto emisor y otro receptor sino un sujeto colectivo que funciona en red y se retroalimenta, y sobre todo virtuales.

Manteniendo los esquemas más subjetivos del derecho a la comunicación, pero ahora pensando de forma colectiva, analizando los conflictos sociales que se producen en torno al mismo, solo así podrá actualizarse el concepto de democracia constitucional, opinión pública y pluralismo político del que partir para establecer los límites objetivos a la acción subjetiva de la comunicación.

Volver a la comunicación como esencia del *ius societatis*, elemento primigenio de la dignidad humana sobre el que debe construirse el sistema constitucional del nuevo siglo, que será, sin duda, global y reticular. Analizar las relaciones colectivas en el medio es una actividad previa a cualquier regulación. Parece difícil seguir adaptando los paradigmas clásicos a la Sociedad Global y Digital.

Title:

The fundamental right to communication 40 years after its constitutionalization: expression, television and internet.

Summary:

1. Communication as the essence of human dignity: anthropology, philosophy and law. 2. Communication and constitution. 2.1 Subjective dimension of communication. 2.2 Objective dimension of communication. 3. The right to communication in the spanish constitution. 4. The right to television activity as a right to communication. 5. Internet and the right to communication. 6. Conclusions.

Resumen:

En este artículo se analiza el régimen jurídico del derecho a la comunicación humana constitucionalizado en el artículo 20.1 a y b CE. El objetivo es analizar si en la actualidad es suficiente su redacción y desarrollo jurisprudencial para amparar las posmodernas formas de comunicación como la televisión o internet. Se comienza enmarcando la comunicación humana desde la antropología para subrayar su esencialidad para el concepto de dignidad humana. Posteriormente se observa su evolución histórica desplegándose en su doble vertiente: subjetiva, libertad frente a la injerencia del poder público; y objetiva, fundamento del pluralismo y la democracia constitucional. Se señalan algunas contradicciones entre ambas dimensiones provocadas por la evolución de los medios de comunicación. Posteriormente se señala

cómo estas contradicciones se acentúan en dos medios de comunicación contemporáneos: la televisión e internet. En el primero se observa cómo la doble dimensión objetiva y subjetiva ha derivado en una dialéctica basada en la contraposición entre lo público y lo privado, respectivamente. En el caso de internet se observa cómo se reproduce esta dialéctica, pero confundiendo los espacios público y privado, y llevando al absurdo los límites al derecho. Termina el artículo con dos conclusiones. En primer lugar, la constitucionalización del derecho a recibir y emitir ideas e informaciones no parece suficiente para enmarcar el fenómeno contemporáneo de la comunicación humana. En segundo lugar, la comunicación como elemento básico sobre el que se ha construido la dignidad humana requiere, en la actualidad, de una aproximación más antropológica o personalista al artículo 20.1 de la Constitución, como verdadero derecho preexistente. Una revalorización de su dimensión subjetiva frente a la objetiva, pues es la evolución de las formas de comunicación humana las que determinan el orden político, y no a la inversa. Una idea que parece cuadrar con su naturaleza evolutiva y la globalización de las relaciones sociopolíticas.

Abstract:

This article analyzes the constitutional regime of the right to human communication (Article 20.1 a and b SC). The aim is to analyze the right evolution in the light of contemporary forms of communication trying to assess whether its constitutional protection is enough. This paper starts studying from an anthropology approach human communication and its essentiality for the concept of human dignity. Subsequently, its historical evolution can be observed unfolding in its double aspect: subjective, freedom in front of the interference of the public authority; and objective, as a foundation element of pluralism and constitutional democracy. We point out some contradictions between the two dimensions caused by the evolution of the media. Later it is pointed out how these contradictions are accentuated in two contemporary media: television and internet. In the first, we observe how both objective and subjective dimension has resulted in a dialectic based on the contrast between public and private, respectively. In the case of the internet, we observe how this dialectic is reproduced, but confusing the public and private spaces, and bringing the right's limits to the absurd. Paper ends with two conclusions. On one hand, the Spanish constitutionalization right to receive and impart information and ideas does not seem sufficient in front of contemporary phenomenon of human communication. On the other hand, communication as the basic element on which human dignity has been built requires

reading article 20 (1) of the Constitution from one more anthropological approach to, as a pre-existing right. We bet for a revaluation of its subjective versus the objective dimension, because it is the evolution of the forms of human communication that determine the political order, and not contrariwise.

Palabras clave:

Comunicación, antropología, democracia constitucional, libertad de expresión e información, televisión, internet, globalización.

Key words:

Communication, anthropology, constitutional democracy, freedom of expression and information, television, internet, globalization.